

отражения современной жизни, и методы изучения его носят практический характер.

В современной науке существует огромное количество методов изучения общественного сознания, но даже и они не дают объективной и всецелой картины, позволяющей глубоко проанализировать феномен общественного сознания.

### **Примечания**

1. Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. Пер. с нем.: Ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсисянц. – М.: 1990. – 524
2. *Маркс К. и Энгельс Ф. Сочинения*. Т.13.
3. Уледов А. К. *Структура общественного сознания*. М.: Мысль, 1968. – 324 с. С.9

**В. А. Токарев**

*к. ю. н.*

*г. Самара, Самарская государственная областная академия  
(Наяновой)*

## **ТИПОЛОГИЯ УЧРЕДИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ: К ОСНОВАНИЯМ СУВЕРЕНИТЕТА**

Предпринимая попытку определить учредительную власть, Ж.-П. Жакке полагает, что «учредительной властью называется совокупность органов, на обязанности которых лежит разработка и пересмотр конституции» [1. С. 108]. При этом французский конституционалист различает два ее вида: первоначальную и институциональную. Первая заявляет о себе в ситуации образования нового государства, в том числе и на обломках уничтоженного революцией «старого порядка». Эта власть имеет безусловный характер, т.к. конституции либо уже нет, либо еще нет. «Источником полномочий первоначальной учредительной власти является политический порядок, поскольку учредительная власть – это власть факта, которая заключена в ее постоянстве и в идеях, заложенных в эту власть, благодаря которым конституция разрабатывается» [1. С. 108], – замечает Ж.-П. Жакке. Свою легитимность первоначальная учредительная власть получает непосредственно из

политически значимых событий, выступая своеобразной точкой пересечения политического и юридического полей.

Когда требуемая для правотворчества почва фактической нормальности не подготовлена, возникает ситуация, к которой затруднительно применить позитивное право. Прежде чем обрести статус правовой, она существует как политическая, ожидая ее упорядочения путем принятия решения. «Суверен, – утверждает К. Шмитт, – стоит вне нормально действующего правопорядка и все же принадлежит ему, ибо он компетентен решать, может ли быть *in toto* приостановлено действие конституции» [2. С. 17]. Необходимость в решении возникает в момент, когда по каким-либо причинам нарушается установившийся до этого правопорядок, распавшийся на право и собственно порядок. Чтобы вернуть их к единству, суверен восстанавливает порядок, поскольку «норма нуждается в гомогенной среде» [2. С. 26]. Причем фактическую нормальность следует рассматривать не в качестве предпосылки юридической нормальности, а как имманентную значимость правовой нормы, по своей природе не применимой к социальному хаосу.

К субъектам учредительной власти относятся: 1) парламенты, принявшие Конституции Китая 1982 г., Бразилии 1988 г., Мозамбика 1990 г., Грузии 1995 г., Украины 1996 г., Финляндии 1999 г.; 2) надпарламентские органы (Народный консультативный конгресс Индонезии 1945 г., Великий народный хурал Монголии 1992 г.); 3) специальные представительные органы (Филадельфийский конвент, Учредительные собрания Италии 1947 г., Индии 1950 г., Боливии 1967 г., Бангладеш 1972 г., Конституционная ассамблея Португалии 1976 г.); 3) глава государства, октроирующий Основной закон (Иордания 1952 г., Непал 1962 г., Монако 1962 г., Саудовская Аравия 1992 г.); 4) народ, голосующий на референдуме за предложенный проект Конституции (Франция 1958 г., Египет 1971 г., Сирия 1973 г., Россия 1993 г., Швейцария 1999 г.); 5) высшие партийные органы (Конго 1973 г.) и исполнительные комитеты партий (Ангола и Мозамбик 1975 гг.).

В структуре первоначальной учредительной власти возможны различные комбинации, предполагающие участие в процедуре принятия Конституции представительного органа и избирательного корпуса страны (Бирма 1974 г., Греция 1975 г., Испания 1978 г., Эфиопия 1987 г., Польша 1997 г.). Несмотря на множественность

субъектов, принимающих решение, такие модели пользуются популярностью в зарубежных странах, опасющихся возврата к авторитарным или тоталитарным политическим режимам. «Государственная власть, – пишут немецкие юристы, – сохраняется и действует в условиях демократии, но не растворяется в ложно понимаемой идентичности правящих и управляемых, даже в тех случаях, когда речь не идет об отношениях господства и подчинения» [3. С. 33-34].

Институциональная учредительная власть создается конституцией и ее изменяет, находясь в положенных ей границах порядка общего пересмотра и внесения поправок и дополнений. Принципиально важным ограничением такой власти признаются нормы, содержащие запрет на пересмотр ряда положений Основного закона (Греция, Португалия, Румыния, Франция, ФРГ). Изменение «укрепленных положений» если и допускается, то исключительно ведущими субъектами первоначальной учредительной власти – Учредительным собранием и/или избирательным корпусом. Данный порядок предусмотрен в Конституции Болгарии в отношении норм о территории государства и государственном строе и в российской Конституции 1993 г. (главы 1, 2 и 9). Напротив, разработчики текста Конституции Украины 1996 г. определили в ст. 157, что он не может быть изменен, если изменения предусматривают упразднение либо ограничение прав и свобод человека и гражданина или если они направлены на ликвидацию независимости либо на нарушение территориальной целостности республики.

Большая часть норм изменяется менее заметным участником разработки и принятия проекта Основного закона – парламентом. Впрочем, и в этом случае процедура изменения его положений обставлена рядом условий, относящихся к определению численного состава депутатов, принимающих на правовой основе нормативное решение. «Бундестаг принимает решения, которые обязательны в той степени, в какой Основной закон признает за ними это качество» [3. С. 154], – отмечается в немецкой литературе. В Германии закон, изменяющий или дополняющий текст Основного закона, принимается большинством в две трети голосов депутатов Бундестага и в две трети голосов членов Бундесрата. Для сравнения, в соответствии со ст. 155 Конституции Украины 1996 г. процедура рассмотрения законопроекта о внесении в нее изменений (за исключением трех разделов) предполагает повторное голосование по

нему в Верховной Раде квалифицированным большинством депутатов.

Особый интерес представляет положение ч. 2 ст. 137 Конституции РФ, по которому новое официальное наименование субъекта федерации подлежит включению в ст. 65. Однако не определено, кем именно должны быть внесены эти изменения. Пробел был восполнен в свое время Конституционным Судом, указавшим на Президента, но, как справедливо отмечает В. Е. Чиркин, «вряд ли такое решение было идеальным – Конституцию нельзя изменять указами Президента; это весьма опасный прецедент» [4. С. 60]. В таком контексте оправданно рассматривать ситуацию принятия решения, центральным элементом которой остается политическая составляющая.

Последняя имеет настолько важное значение, что из числа субъектов принятия решения в конституционном законодательстве России и большинства зарубежных государств исключается судебная власть, за которой закрепляются функции конституционного контроля и толкования. Даже в странах, правовые системы которых относят к англосаксонской модели, где судебному прецеденту придан статус источника права, идут споры на предмет того, «творит ли судья право», инспирированные не столько взаимопроникновением современных правовых систем, сколько доктриной о суверенитете парламента [5. С. 295-312]. Признать за судом право на создание права означает, по сути, поставить под сомнение суверенитет парламента, народа или того субъекта, за которым он признается официальной доктриной и практикой, но не означает лишить их суверенитета окончательно.

Сообразно европейской правовой традиции носителем первоначальной и источником институциональной учредительной власти должен быть признан народ. Очевидно и то, что «живой основой демократии как образа правления и формы государства являются его граждане, т.е. вся совокупность людей, объединенных в политически функционирующее сообщество и образующих его опору». Однако социальные практики, формирующиеся под влиянием различных факторов, образуют оригинальные модели первичной власти, не всегда отвечающие правовому идеалу. «Юридическое поле представляет собой место конкуренции за монополию на право устанавливать право, иначе говоря – нормальное распределение (*nomos*) или порядок (*ordre*), в котором сталкиваются

агенты, обладающие одновременно социальной и технической компетенцией, заключающейся, главным образом, в социально признанной способности интерпретировать... свод текстов, закрепляющих легитимное, т.е. правильное, видение мира» [6. С. 78], – полагает П. Бурдые. Отказ от этой борьбы или поражение в ней приводят к утрате учредительной власти и политических позиций. Задача современного общества и государства состоит в том, чтобы, по возможности, приблизиться к правовому идеалу, тогда как цель юридической науки – осмыслить феномен учредительной власти как власти, преобразующей политическую ситуацию в правовую, во всех его проявлениях.

### Примечания

1. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты. М.: Юристъ, 2002.
2. Шмитт К. Политическая теология. М.: КАНОН-пресс-Ц, 2000.
3. Государственное право Германии. Т. 1. М.: ИГП РАН, 1994.
4. Чиркин В. Е. Конституция: Российская модель. М.: Юристъ, 2002.
5. Ллойд Д. Идея права. М.: ЮГОНА, 2002.
6. Бурдые П. Социальное пространство: поля и практики. М.: Институт экспериментальной социологии; СПб.: Алетейя, 2007.

**В. А. Токарев**

к. ю. н.

*г. Самара, Самарская государственная областная академия  
(Наяновой)*

### О МЕТОДОЛОГИИ ИЗУЧЕНИЯ ФИЛОСОФИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Тот факт, что история права и государства, как отрасль правоведения, возникает в европейских университетах в XVII в. [1. С. 24], обособляясь от всеобщей истории, изменяющей свой повествовательный характер, требует необходимых разъяснений. Мы вправе спросить, что происходит на начальном этапе эпохи модерна, легитимирующем проблематику исторического подхода к пониманию права. Ответ, лежащий на поверхности, вероятно, состоит в том, что с этого момента история призвана осуществлять некую значимую